Die Wirkung der Aufrechnungslage und des Aufrechnungsvollzuges auf die rechtliche Stellung des Bürgen nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der

Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

Freitag, den 18. Dezember 1903, mittags 11¼ Uhr

in der

Aula Leopoldina der Universität

öffentlich verteidigen wird

Referendar Leopold Friedensburg

aus Breslau.

Opponenten: Herr Referendar Urbach,
Herr stud. iur. Müntner.

Schlesische Druckerei Genossenschaft, e. G. m. b. H., Breslau I.

MEINER MUTTER

UND DEM ANDENKEN MEINES VATERS

IN LIEBE UND DANKBARKEIT

GEWIDMET.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung. Gemeinrechtliche Theorien der Aufrechnung.

I. Abschnitt.

Die rechtliche Stellung des Bürgen bei bestehender Aufrechnungslage.

§ 2. Nach Entwurf 1.

§ 3. Nach Entwurf 2 und der jetzt geltenden Fassung des BGB. Streitfragen über die Auslegung des § 770 Abs. 2.

§ 4. Bei Verzicht des Hauptschuldners bezw. des Gläubigers auf das Aufrechnungsrecht.

§ 5. Im Fall des pactum de non compensando.

§ 6. Bei Erlass der Gegenforderung seitens des Hauptschuldners.

§ 7. Bei Cession und Beschlagnahme einer Forderung.

§ 8. Bei Verjährung der Haupt- bezw. der Bürgschaftsschuld.

§ 9. Stellung des Bürgen im Falle eines ihm zustehenden Aufrechnungsrechtes gegen den Gläubiger.

II. Abschnitt.

Wirkung des Aufrechnungsvollzugs auf die rechtliche Stellung des Bürgen.

§ 10. Begriff des Aufrechnungsvollzugs. Befreiende Wirkung für den Bürgen.

§ 11. Rückwirkung der Aufrechnung für den Bürgen, condictio indebiti.

§ 12. Wirkung der Anfechtung des einer der Gegenforderungen zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts und der Aufrechnungserklärung auf die Stellung des Bürgen.

III. Abschnitt.

§ 13. Stellung des Bürgen beim Aufrechnungsvertrag.

I. Abschnitt.

§ 1.

In dem vielumstrittenen Gebiete der Kompensation sind für das gemeine Recht hauptsächlich drei Theorien aufgestellt worden, nämlich erstens die absolute Theorie, deren Hauptvertreter der Glossator Martinus Gosia ist und welche auch der Code civil sich zu eigen gemacht hat, wonach mit dem Gegenübertreten zweier kompensabler Gegenforderungen deren Aufhebung von selbst eineintritt, zweitens die lange Zeit herrschende prozessuale Theorie, wonach die Kompensation nur im Prozess durch Urteil oder ausserhalb des Prozesses durch Vertrag vollzogen wird, hauptsächlich vertreten durch Brinz, die Lehre von der Kompensation, S. 134 und Pand. II, § 288, S. 430. Dernburg, Kompensation, S. 187 ff., 294 ff. 529 u. a. Eisele, die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht, S. 250 ff. und in neuerer Zeit von Lippmann in Iherings Jahrbüchern, Bd. 32 S. 157 ff., drittens die rechtsgeschäftliche Theorie, welche die Kompensation als einseitiges Rechtsgeschäft auffasst und sie mit der einseitigen im Prozess oder ausser dem Prozess erfolgten Abgabe der Kompensationserklärung seitens des Gläubigers oder Schuldners als vollzogen betrachtet mit der Wirkung, dass die entgegenstehenden Forderungen in dem sich deckenden Betrage getilgt werden. Diese Theorie wird hauptsächlich vertreten von Franz Leonhard, die Aufrechnung und von Kohler in der Zeitschr. für Zivilprozess, Bd. 20, S. 1 f. und Bd. 24, S. 1 f. und kommt auch in den Bestimmungen des BGB. über die Aufrechnung zur Anwendung.

So verschieden die genannten Theorien die Kompensation konstruierten, ebenso entsprechend verschieden gestalteten sich die Ansichten über die Stellung des Bürgen. War nach der absoluten Theorie der verbürgten Forderung eine kompensable Gegenforderung gegenübergetreten, so hoben sich diese Forderungen ipso iure auf,

und der Bürge wurde dadurch seiner Schuld ledig. Wurde er verklagt, so konnte er einwenden, dass seine Schuld erloschen sei. Nach der prozessualen Theorie konnte der Schuldner in demselben Falle die Kompensationseinrede vorschützen, falls er verklagt wurde, mithin auch der Bürge, da diesem überhaupt die Einreden des Hauptschuldners zustanden. Für die rechtsgeschäftliche Theorie war die Stellung des Bürgen ein schwieriges Problem, welches erst durch das BGB. in befriedigender Weise gelöst worden ist. Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 5 bezeichnet ein Recht des Bürgen mit einer Forderung des Hauptschuldners zu kompensieren, als etwas ganz Unerhörtes und Unangemessenes, und auch Franz Leonhard a. a. O. S. 146 hat gegen ein selbständiges Kompensationsrecht des Bürgen manches einzuwenden und stimmt Kohler zu. Dieser Ansicht muss man m. E. wohl beipflichten, aber sie bietet nur etwas Negatives. Keiner der Genannten präzisiert die Stellung des Bürgen genau. Nach dem prinzipiellen Standpunkte Kohlers und Leonhards [1]) über die Aufrechnung würde eine bestehende Kompensationslage auf die Stellung des Bürgen gar keinen Einfluss ausüben, vielmehr würde sich letzterer nur nach Abgabe der Kompensationserklärung seitens des Schuldners oder Gläubigers auf die vollzogene Kompensation berufen können. Wäre dies aber gerecht und entspräche dies unseren Verkehrsanschauungen und der bisherigen Rechtsentwicklung?

§ 2.

Obwohl man meines Erachtens diese Fragen verneinen muss, hat doch der Entwurf I diese Anschauung zum Ausdruck gebracht. Die Motive dazu, Bd. 2 S. 663 besagen dies deutlich:

„Wenn der Hauptschuldner eine Einwendung gegen die Forderung durch einen Willensakt zu erzeugen in der Lage ist, wie bei der Anfechtung und der Kompensation, so ist der Bürge

[1]) Leonhard sagt zwar S. 146, dass man auch vom Standpunkte der rechtsgeschäftlichen Theorie dem Bürgen ein Kompensationsrecht „zugestehen“ kann und beruft sich dabei auf das BGB. in seiner jetzigen Gestalt. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Bestimmung des § 770 Abs. 2 BGB. der Leonhard'schen Auffassung der Aufrechnung als eines einseitigen Rechtsgeschäfts gegenüber als etwas Anormales dasteht und dass Leonhard dies auch fühlt.

weder befugt, jenen Willensakt an Stelle des Schuldners vorzunehmen, noch sich auf die Anfechtbarkeit oder Kompensabilität vor Abgabe der entscheidenden Erklärung des Schuldners zu berufen. Dies ergibt sich unmittelbar aus den einschlagenden Vorschriften (§§ 112, 113, 281, 282)".

In demselben Sinne äussern sich die Motive auch bei dem Abschnitt über die Aufrechnung, Bd. 2 S. 106 ff. Gegen diese Auffassung des Entwurfs und der Motive wendet sich mit guten Gründen Lippmann, zur Lehre von der Kompensation in Iherings Jahrb. Bd. 32. S. 224 ff. Er behauptet mit Recht, dass sie mit dem Wesen und Zweck des Bürgschaftsinstituts in Widerspruch stünde. Zum Wesen der Bürgschaftsschuld gehört ihre Accessorietät. Es widerspricht diesem aber, wenn der Bürge mehr zahlen müsste als der Hauptschuldner, wie dies nach dem Entwurf der Fall wäre. Der Zweck der Bürgschaft ist, dem Gläubiger eine Sicherheit zu bieten für die Erfüllung durch den Hauptschuldner. Bei bestehender Aufrechnungslage ist aber gar kein Anlass vorhanden, Sicherheit für die Erfüllung bei dem der Regel nach nur subsidiär haftenden Bürgen zu suchen, solange der Gläubiger dadurch, dass er eine Schuld an den Hauptschuldner zu berichtigen hat, am besten gesichert ist. Lippmann fordert demgemäss, dass auch die Aufrechnungslage dem Bürgen, falls er verklagt wird, zustatten komme. Er geht allerdings nicht so weit, ein selbständiges Kompensationsrecht des Bürgen[2]) zu fordern in der Weise, dass letzterem gestattet sei, mit einer Forderung des Hauptschuldners an den Gläubiger selbständig aufzurechnen, vielmehr verlangt er nur, dass gemäss der Entwicklung im römischen und gemeinen Recht[3]) dem Bürgen ein ius retinendi ex compensatione zustehen solle, wonach er die Zahlung der Schuld verweigern könne, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann.

§ 3.

Ungeachtet des Widerspruches Kohlers a. a. O. Bd. 20 S. 74 hat die 2. Kommission sich diese Ansicht Lippmanns zu

---

[2]) Vgl. F. Leonhard, S. 146; Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 4 u. 5.

[3]) a. a. O. S. 225 u. 226. Dies ist jedoch sehr bestritten, wie die gesamte Lehre von der Kompensation im gemeinen Recht.

eigen gemacht und dem Entwurf II den § 710 Abs. 2 eingefügt, welcher unverändert in die definitive Fassung des BGB. übergegangen ist. Die daselbst unter § 770 Abs. 2 stehende Bestimmung lautet:

„Die gleiche Befugnis (nämlich die Befriedigung des Gläubigers, zu verweigern) hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann."

Die Protokolle sprechen sich über die Gründe, die bei Annahme des dahin gehenden Antrags für die Mehrheit der Kommission ausschlaggebend waren, leider nur ziemlich unklar aus, sodass man Kohlers hartes Urteil über diese Gründe aus den Protokollen nicht widerlegen kann. Er sagt a. a. O. Bd. 24 S. 13, diese Bestimmung des BGB. sei aus unklaren Erwägungen und unbestimmt flottierenden Vorstellungen über die Aufrechnung und ihr Wesen hervorgegangen; sie gehöre nicht zu den Ruhmestiteln unseres Gesetzbuches.

Dies ist aber m. E. nicht richtig. Mögen die Protokolle darüber sagen, was sie wollen, es ist nicht zu verkennen, dass die fragliche Bestimmung nicht aus irgend welchen Erwägungen über das Wesen der Aufrechnung hervorgegangen ist, sondern, wie Lippmann ausgeführt hat, aus dem Wesen der Bürgschaft zu erklären ist. In richtiger Erkenntnis dessen sagt auch Eck[4]), diese Bestimmung sei eine Konsequenz des Gedankens, dass die Bürgschaft dem Gläubiger doch nur Sicherheit gewähren solle, diese aber der Gläubiger ohnehin in seiner Kompensationsmöglichkeit besitze.

Legt man dem § 770, II diesen Gedanken zugrunde, so erscheint auch der Wortlaut desselben, welcher viele Zweifel hervorgerufen hat, vollkommen erklärlich und folgerichtig. Danach hat der Bürge das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern nur, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Er hat es also nicht, wenn nur der Hauptschuldner eine aufrechnungsfähige Forderung gegen den Gläubiger, nicht aber auch umgekehrt der Gläubiger eine solche gegen den Haupt-

[4]) Vorträge über das Recht des BGB. mit Anmerkungen versehen von Rudolf Leonhard 1902.

schuldner hat. Dies ist z. B. dann der Fall, wenn sich der Bürge für eine unpfändbare Forderung oder eine solche aus einer unerlaubten Handlung[5]) verbürgt hat und der Hauptschuldner eine Darlehnsforderung gegen den Gläubiger hat. Verklagt in diesem Falle der Gläubiger den Bürgen, so schützt letzteren die Einrede aus § 770, II nicht.

Diese Auslegung des § 770, II ist allerdings nicht unbestritten; es haben sich mehrere sehr gewichtige Stimmen dagegen erhoben. Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, 2, § 287 V. S. 350 meint, es sei als in der Absicht des Gesetzes liegend zu erachten, dass die Einrede dem Bürgen auch zustehe, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist. Woraus Dernburg dies schliesst, gibt er nicht an. Es ist also nur eine Hypothese, welche m. E. gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes, auf den im BGB. so viel Sorgfalt verwendet worden ist, nicht in Betracht kommen dürfte.

Etwas eingehender vertritt Kipp in Windscheid-Kipps Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II S. 440, dieselbe Ansicht wie Dernburg. Er sagt, daraus, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners fällig sein muss, gehe hervor, dass es in Wahrheit doch das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners sei auf dessen Existenz sich der Bürge berufe. Er kommt zu dieser Ansicht durch die Protokolle, welche S. 2519 besagen, es sei daran festzuhalten, dass der Bürge sich nur auf ein Verhältnis berufen dürfe, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können. Demgegenüber muss man m. E. allerdings zugeben, dass es unverständlich ist, die Einrede des Bürgen von der Fälligkeit der Gegenforderung des Hauptschuldners abhängig zu machen. Wäre aber von der Kommission eine Auslegung, wie Kipp sie gibt, beabsichtigt worden, so hätte man einfach sagen können: das gleiche Recht hat der Bürge, solange der Forderung des Gläubigers eine Forderung des Hauptschuldners entgegensteht, oder solange dem Hauptschuldner eine aufrechenbare Gegenforderung gegen den Gläubiger zusteht. Da aber das Gesetz offenbar vom Standpunkte des Gläubigers ausgeht, so müsste es auch genügen, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung (§ 387 BGB.) auf Seiten des Gläubigers vorliegen. Demnach ist es nicht unbedenklich, wenn

5) Vgl. § 393, 394 BGB.

Kipp aus einer dem Anschein nach verfehlten Nebenbestimmung eine so kühne Folgerung von erheblicher Bedeutung zieht.

Schliesslich vertritt noch Oertmann, Recht der Schuldververhältnisse Anm. 3 zu § 770 dieselbe Ansicht wie Dernburg und Kipp, jedoch mit wenig stichhaltigen Gründen. Er meint, man könne doch hier „im Grunde“ (?) trotz der Motive sagen, dass dem aufrechnungsberechtigten Hauptschuldner eine Einrede — dies Wort im weitesten Sinne gefasst — zustünde. Da diese Ansicht sich auf eine absichtlich ungewöhnliche Anwendung des technischen Ausdruckes „Einrede“ gründet, wird die Unrichtigkeit des Resultates kaum in Zweifel gezogen werden[6]).

Weismann in der Zeitschr. für Zivilprozess, Bd. 26 S. 41 ff., behauptet sogar, das der Bürge die Einrede aus § 770, II nur dann habe, wenn dem Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis zusteht, also dann nicht, wenn zwar der Gläubiger gegen die Forderung des Hauptschuldners, der Hauptschuldner aber nicht gegen die Forderung des Gläubigers aufrechnen könnte. Dies ist das Gegenteil von dem, was das Gesetz sagt.

Auch Cosack hatte in der I. Auflage seines Lehrbuchs des Bürg. Rechts behauptet, dass die Einrede aus § 770, II dem Bürgen auch zustehe, wenn nur der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist, hat dies aber in der 2. und folgenden Auflage[7]) widerrufen und sich der dem Wortlaut des Gesetzes entsprechenden Auffassung angeschlossen. Für diese auch oben S. 4 ausgesprochene Auffassung ist auch der grösste Teil der Literatur. Insbesondere Planck, Kommentar zum BGB. 1900. Anm. 2 zu § 770, Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse 1900, Anm. 2 zu § 389, Enneccerus-Lehmann, das Bürgerliche Recht, Bd. I, § 325 S. 696 (daselbst: § 214, II 1 d. S. 467 steht dem zwar entgegen, doch beruht dieser Widerspruch vermutlich nur auf einem lapsus bei der letzteren Stelle). Matthiass, Lehrb. des Bürg. Rechts, Bd. I § 131 E, Siber, Kompens. und Aufrechnung, S. 130, 138.

---

[6]) Dernburgs und Oertmanns Gründe bringt vereint Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2, § 296 S. 879, um auch zu ihrem Resultate zu kommen.

[7]) Bd. I § 158, IV, 2c.

Lippmann hat, als er i. J. 1893 in Iherings Jahrb. Bd. 32 die später im Entwurf 2 tatsächlich eingefügte Einrede für den Bürgen verlangte, S. 228 gesagt, dass es sich bei der Kompensationsbefugnis des Bürgen mit Forderungen des Hauptschuldners doch immer nur um eine Einrede aus dem unmittelbaren Verhältnisse zwischen Gläubiger und Bürgen handeln könne. Er folgert dies namentlich auch aus der dem Bürgen zustehenden Einrede der Vorausklage und sagt dabei S. 229, dass der Bürge den Gläubiger nicht auf eine Kompensationsbefugnis verweisen könne, die nicht diesem, sondern nur dem Hauptschuldner zustehe. Diese Ansicht stand in völliger Übereinstimmung mit seinen andern dieses Gebiet berührenden Ausführungen. Zu der entgegengesetzten Ansicht kommt er in einem Aufsatz aus dem Jahre 1901 über „Rückwirkung und Rechtsgeschäft der Aufrechnungserklärung" in Iherings Jahrb. Bd. 43, indem er S. 551 ff. erklärt, die Einrede aus § 770, II müsse dem Bürgen zugute kommen, auch wenn nur der Hauptschuldner berechtigt ist, die Aufrechnungserklärung abzugeben. Er folgert dies daraus, dass kraft der accessorischen Natur des Bürgschaftsverhältnisses der Bürge berechtigt sei, ein ius retinendi ex compensatione des Hauptschuldners auch von sich aus geltend zu machen. Lippmann setzt sich bei dieser Beweisführung sowohl, wie überhaupt bei diesem ganzen Aufsatz in bewussten Gegensatz zu den gesetzlichen Bestimmungen. Er will die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnungserklärung nicht anerkennen, behauptet vielmehr, dass die Aufrechnung ihrem wahren Wesen nach ein Recht der Zahlungsweigerung, ein ius retinendi ex compensatione, mithin also eine Einrede sei, und dass dieses ius retinendi der Grund für die aufhebende Wirkung der Aufrechnungserklärung sei. Diese wahre Natur sei im BGB. bei der Regelung des Bürgschaftsrechts — allerdings verwischt — wieder zum Durchbruch gekommen durch die Einfügung des § 770 II[8]). Dadurch sei, so meint Lippmann, die rechtsgeschäftliche Natur der Aufrechnung für die Bürgschaft fallen gelassen. Geht man von einer solchen Auffassung der Sache aus, so muss man wohl mit Lippmann dazu kommen zu sagen, die Frage, ob der Bürge die „Einrede"[9]) der Aufrechnung auch aus dem Rechte

[8]) a. a. O. S. 436.
[9]) a. a. O. S. 557.

des Hauptschuldners und unabhängig von diesem habe, könne nicht anders beurteilt werden, als die Einrede aus dem Rechte des Gläubigers. Dies ist jedoch m. E. irrig. Vor allem steht das BGB. auf dem Boden der rechtsgeschäftlichen Theorie, diese ist auch beim Bürgschaftsrecht nicht verlassen, nur ist dabei im § 770 II der Billigkeit und der in allen bisherigen Rechtssystemen geltenden Auffassung die Konzession gemacht worden, dass auch der Bürge sich auf eine bestehende Aufrechnungslage berufen kann, solange sich der Gläubiger durch Abgabe der Aufrechnungserklärung befriedigen kann. Von einem auf eigenem Recht des Bürgen beruhenden ius retinendi kann somit keine Rede sein. Überhaupt kann danach eine dem Zurückbehaltungsrecht oder andern Einreden analoge Behandlung der Aufrechnung nicht in Frage kommen, eher wird letztere in Gegensatz gestellt zu den Einreden aus dem Recht des Hauptschuldners, welche in § 768 erschöpfend behandelt werden.

Nach alledem ist mit dem grösseren Teil der Literatur der § 770, II dahin auszulegen, dass der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht hat, nur solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Da das Gesetz einmal die Einrede von der Fälligkeit der Gegenforderung des Hauptschuldners abhängig gemacht hat, so greift sie nur dann Platz, wenn beide gegenüber stehenden Forderungen fällig sind, denn die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner muss fällig sein, wenn ersterer den Bürgen überhaupt in Anspruch nehmen will, kraft der accessorischen Natur der Bürgschaftsschuld (§ 765).

Sind nun alle die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Einrede aus § 770, II vorhanden, so ist der Bürge trotzdem durchaus nicht so gestellt, als wenn er das Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners von sich aus ausüben und die Forderung des Gläubigers dadurch zum Erlöschen bringen könnte, wie dies manche Juristen für das gemeine Recht annahmen[10]). Vielmehr ist es nicht zu

[10]) z. B. Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 225, 227, auch Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 5 bezeichnet dies als die gewöhnliche Lehre, bekämpft diese Ansicht jedoch heftig. Eck, Vorträge über das Recht des BGB., Teil II S. 365.

leugnen, dass durch die Fassung des § 770, II dem Gläubiger wie dem Hauptschuldner manche Gelegenheit zu dolosem Handeln geboten wird, welches den Schutz, den dieser Paragraph dem Bürgen gewähren soll, unschwer zu Nichte machen kann. Um die rechtliche Stellung, welche der Bürge durch die Einführung des § 770, II einnimmt, nach verschiedenen Seiten zu beleuchten, mögen folgende Beispiele dienen:

Regelfall.

Der Gläubiger (G.) hat eine verbürgte Forderung von 1000 an den Hauptschuldner (H.), letzterer eine Gegenforderung an 1000 an G. Beide sind aufrechnungsberechtigt. G. klagt gegen den selbstschuldnerischen Bürgen (B.). Dieser wendet § 770, II ein.

Dasselbe Recht steht B. zu, wenn nur G. aufrechnungsberechtigt ist.

Streitige Fälle.

G. hat eine verbürgte Forderung von 1000 an H. B. haftet als Selbstschuldner. Da H. ein unpünktlicher Zahler ist, fordert G. die Zinsen von B., welcher zahlt; indessen erwirbt H. gegen G. eine Forderung von 1000 auf Grund vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung. G. fordert weiter die Zinsen von B.

Nach meiner oben ausgeführten Ansicht hat B. in diesem Falle keine Einrede, da nach § 393 BGB. G. seine Forderung nicht gegen die des H. aufrechnen darf, sich also nicht durch Aufrechnung befriedigen kann, er muss die Zinsen weiter zahlen und auch die Kapitalforderung, wenn G. darauf klagt, falls nicht H. aufrechnet. Die Forderung des G. geht dann, soweit B. ihn befriedigt, auf letzteren über. Gibt H. die Aufrechnungserklärung vorher ab, so erlischt die Bürgschaftsschuld. Die Aufrechnungserklärung bewirkt aber weiter nach § 389 BGB., dass die sich deckenden Forderungen als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind, dass also von diesem Zeitpunkt an Zinsen nicht mehr laufen, eine Vertragsstrafe nicht verfallen und Verzug nicht eintreten kann. Der Zeitpunkt tritt ein in dem Augenblick, wo die Gegenforderung des H. fällig wurde und H. die Forderung des G. erfüllen konnte, in den meisten Fällen also in dem Zeitpunkt

der Fälligkeit der Gegenforderung des H. Bis zu diesem Zeitpunkt kann dann B die bezahlten Zinsen kondizieren.

Eine andere Frage der Auslegung des § 770 II berührt folgendes Beispiel:

G. hat eine verbürgte Forderung gegen H. auf 1000. H. gegen G. eine unverbürgte auf 500. G. klagt gegen den selbstschuldnerischen B. auf 1000. Kann sich B. auf § 770 II berufen? Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist es zweifelhaft, da man befriedigen im allgemeinen im Sinne von vollständig befriedigen zu verstehen hat, und z. B. die Leistung einer Teilzahlung keinesfalls als Befriedigung des Gläubigers anzusehen ist. Gleichwohl ist m. E. G. mit 500 abzuweisen, weil bei der Aufrechnung allgemein eine Teilbefriedigung zugelassen ist[11]) und man deshalb in allen die Aufrechnung bezüglichen Fällen das Wort befriedigen nicht so eng auslegen darf. § 770 II enthält aber einen solchen Fall, wenn er auch nicht unter dem Titel Aufrechnung, sondern unter dem Titel Bürgschaft eingeordnet ist. G. kann sich demnach wegen seiner Forderung an H. durch Aufrechnung gegen dessen Gegenforderung bis zum Betrage von 500 befriedigen, und B. ist berechtigt, bis zu diesem Betrage Zahlung zu verweigern. Wegen des Restes ist er zu verurteilen.

Wie wäre aber zu entscheiden, wenn unter denselben Voraussetzungen G. nur einen Teilbetrag von 500 gegen B. eingeklagt hätte? Es käme dann darauf an, ob G. bei der Klage eine Aufrechnungserklärung bezüglich der übrigen 500 abgegeben hätte oder nicht. Im ersteren Fall würde § 770 II den B. nicht mehr schützen, wohl aber im zweiten Fall. Denn dies ist nach BGB. unzweifelhaft, dass lediglich die Aufrechnungserklärung entscheidet; gäbe in diesem Falle der Hauptschuldner die Aufrechnungserklärung ab, so würde auch dies zur Verurteilung des B. führen[12]) Dasselbe gilt für den auch von Kohler a. a. O. B. 24. S. 14 und Eck a. a. O. S. 365, 366 angeführten Fall, wo G. mehrere Forderungen an H. hat. Es hat z. B. G. eine verbürgte Forderung

[11]) Vgl. § 389 BGB. zustimmend Ebert in Fischer-Henles Handausgabe des BGB. Anm. 1 zu § 389 und Anm. 2 zu § 266.

[12]) Streitig ist, wie der genannte Fall zu entscheiden wäre, wenn G. den H. auf Zahlung von 500 verklagt, dieser aufgerechnet und G. die

an H. von 1000 und eine unverbürgte von 2000. H. hat eine Gegenforderung an B. von 1500. G. klagt gegen B. auf 1000, B. macht die Einrede aus § 770 II geltend. Rechnet aber G. oder H. die 2000 oder 1500 bezw. umgekehrt auf, so muss B. verurteilt werden. Dass in diesen beiden Fällen auch der Hauptschuldner das Recht hat, die Aufrechnungserklärung abzugeben und damit das Einrederecht des Bürgen zu vernichten, ist gewiss ein anstössiges Resultat, da hierdurch einer dolosen Handlungsweise des Hauptschuldners Vorschub geleistet wird. Rudolf Leonhard sagt in Anm. 3 zu Ecks Vorträgen über das Recht des BGB. auf S. 365 in richtiger Erkenntnis dieses Missstandes, dass die Zulässigkeit solcher Geschäfte nicht zweifellos sei, und beruft sich dabei auf § 242 und 768 Abs. 2. Es wird hierbei also Sache der Praxis sein, eine möglichst befriedigende Lösung zu finden.

Kohler, welcher ja den § 770 II in Bausch und Bogen verwirft, will auch a. a. O. Bd. 24 S. 14 zeigen, dass die Ergebnisse dieses Paragraphen nach einer anderen Seite hin unbefriedigend sind, und wählt dazu folgendes Beispiel: Der Gläubiger klagt gegen den Bürgen und tilgt, als dieser die Einrede aus § 770 II geltend macht, seine Schuld an den Hauptschuldner noch während des Prozesses durch Zahlung. Nach Kohlers Ansicht muss hiermit die Einrede des Bürgen zerfallen. M. E. ist in diesem Falle der Gläubiger dennoch abzuweisen. Es sind nämlich hierbei ganz augenscheinlich die Voraussetzungen vorhanden, welche die Anwendbarkeit des § 226 BGB. bedingen. Denn eine derartige Handlungsweise des Gläubigers kann nur den Zweck haben, dem Bürgen Schaden zuzufügen. Man sage nicht,

---

sog. replica compensationis erhoben hätte, dass er die Forderung des H. auf die nicht eingeklagten 500 verrechnet hätte. Die Praxis war bisher verschiedener Meinung, während sie die replica compensationis für den Fall, dass der Kläger die Gegenforderung des Beklagten mit einer gänzlich anderen Forderung verrechnet hatte, fast durchweg verwarf. Franz Leonhard, die Aufrechnung, führt eingehend die einander entgegenstehenden Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe an und führt dann m. E. ganz richtig, besonders für das Bürgerl. Recht aus, dass die replica compensationis auch in diesem Falle zu verwerfen und der Kläger abzuweisen sei. Ebenso Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 24. Andrer Meinung Dernburg, das Bürgerl. Recht, Bd. II, 1, § 124 S. 285 Anm. 9 auf Grund einer Entscheidung des O. L. G. Posen.

der Gläubiger wolle nur auf diese Weise Barzahlung erlangen, die Aufrechnung könne ihm in vielen Fällen nichts nützen. Das wäre sehr wohl zu verstehen. Dies trifft aber hier nicht zu. Denn das was er eventuell vom Bürgen erhält, hat er ja schon vorher dem Hauptschuldner herausgeben müssen. Seine ökonomische Lage verbessert er also nicht, im Gegenteil, er gibt das Sichere -- sein bares Geld — hin, um etwas weniger Sicheres — eine Forderung — geltend machen zu können. Auch kann man nicht etwa sagen, dass er dadurch die ökonomische Lage des H. verbessern wolle. Dieser erhält zwar bares Geld, jedoch wird dieses sofort vom Bürgen auf Grund der auf ihn übergehenden Forderung in Anspruch genommen, bei Gefahr im Verzuge sogar wahrscheinlich im Wege des Arrestes beschlagnahmt werden. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn der Gläubiger schon vorher seine Schuld an den Hauptschuldner durch Zahlung getilgt und dadurch die Aufrechnungslage beseitigt hätte. Dann lägen die Voraussetzungen des § 770, II nicht mehr vor, auch könnte in diesem Falle kaum von Chikane die Rede sein [13]).

Kohler und Eck führen an den angegebenen Orten noch folgenden Fall an, um die Unzulänglichkeit des § 770, II zu beweisen: Der Gläubiger hat gegen den Bürgen geklagt, dieser hat die Einrede aus § 770, II mit Erfolg auch in der zweiten Instanz erhoben. Der Prozess geht in die dritte Instanz. Nun rechnet der Hauptschuldner seine Forderung gegen eine andere Forderung des Gläubigers auf. Die Revision des Gläubigers wird verworfen, da ein Rechtsirrtum nicht vorlag, ausserdem ist aber auch jetzt die Aufrechnungslage nicht mehr vorhanden, die Rechtslage des Gläubigers also sicher eine schlechtere geworden. Ich sehe darin aber keine Unbilligkeit, die dem § 770, II entspringt, denn erstens kann er, wie Eck in Übereinstimmung mit Rudolf Leonhard ganz richtig sagt, sofort von neuem klagen, dann aber hätte er ja von vornherein aufrechnen können. Es wäre auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkte aus nur zu wünschen, wenn diese Bestimmung darauf-

[13]) Ähnlich für das gem. Recht Dernburg Kompensation S. 460. Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 553 bezeichnet ebenfalls nur die bona fide-Zahlung des Gläubigers an den Hauptschuldner als eine Tatsache, welche die Aufrechnungsbefugnis aufhebt.

hin wirkte, das Institut der Aufrechnung zu noch häufigerer Anwendung bringen.

§ 4.

Von besonderer Wichtigkeit ist die oben behandelte Frage nach der Auslegung des § 770 II für den Fall, dass der Hauptschuldner auf sein Aufrechnungsrecht dem Gläubiger gegenüber verzichtet hat.

Im gemeinen Recht schuf eine Kompensationslage für den Hauptschuldner eine Einrede der Kompensation, welche „etiam invito reo“[14]) dem Bürgen zustand, es konnte somit auch ein Verzicht des Hauptschuldners auf die Kompensationsbefugnis das Einrederecht des Bürgen nicht schmälern. Steht nun auch nach dem Recht des BGB. dem Bürgen die Einrede aus § 770 II zu, wenn der Hauptschuldner rechtsgültig auf ein ihm zustehendes Aufrechnungsrecht verzichtet hat? Die Frage ist zu bejahen, die Begründung ist jedoch eine völlig andere, als im gemeinen Recht. Da es nämlich nach § 770 II nur darauf ankommt, ob sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann, verliert ein derartiger Verzicht des letzteren auf die Aufrechnungsbefugnis jegliche Bedeutung für den Bürgen. Er kann nach wie vor seine Leistung verweigern, denn dem Gläubiger steht die Befriedigungsmöglichkeit immer noch zu. Zu demselben Resultat kommt auch Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 558, doch stützt er sich dabei auf § 767 BGB., dass die Verpflichtung des Bürgen durch ein Rechtsgeschäft, welches der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, nicht erweitert werden kann. Ganz richtig, doch nur für den Fall, dass der Verzicht erst nach der Bürgschaftsübernahme erfolgt ist, während nach der oben gegebenen Auffassung der Zeitpunkt des Verzichts ohne Bedeutung ist.

Gegenteiliger Ansicht, nämlich dass § 770 II den Bürgen im Falle des Verzichts des Hauptschuldners auf die Aufrechnungsbefugnis nicht schützt, ist Kipp a. a. O. S. 440. Es ist dies ein Ausfluss seiner oben abgelehnten Annahme, dass dem Bürgen die Einrede aus § 770 II zusteht, solange der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist[15]).

---

[14]) L. 4, 5 D. de comp. 16, 2. L. 19, D. 44, 1. L. 15, 32, D. 46, 1.

[15]) Vgl. oben S. 5, 6.

Eine weitere Frage kommt aber nach den bisherigen Ausführungen in Betracht, nämlich ob der Gläubiger selbst durch ausdrücklichen Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis gegenüber dem Hauptschuldner dem Bürgen die Einrede aus § 770 II entziehen kann. Das Gesetz gibt keine Antwort darauf. Obgleich im Falle der Bejahung der Frage eine Erweiterung der Bürgschaftsschuld vorläge, kann § 767 nicht in Anwendung kommen, da dort nur von einer Tätigkeit des Hauptschuldners die Rede ist. Ebenso wenig kann man § 776 anziehen, — obwohl der Gläubiger durch seinen Verzicht eine Sicherheit für seine Forderung aufgibt, — weil dort die Sicherheiten einzeln aufgeführt sind, bei deren Aufgabe seitens des Gläubigers der Bürge frei wird. Dennoch muss m. E. die Frage verneint werden, da im andern Falle die Vorschrift des § 770 II völlig illusorisch wäre, und dem Bürgen nicht den geringsten Schutz bieten würde. Der Gläubiger würde in diesem Falle durch einen Verzicht auf ein Recht zum Schaden eines Dritten eine wesentlich bessere rechtliche Stellung erlangen, ein Zustand, den wohl kein Gesetz der Welt sanktionieren würde. Man wird hier ähnlich, wie § 768 II für das Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner vorschreibt, den Satz aufstellen müssen, dass der Bürge die Einrede aus § 770 II nicht dadurch verliert, dass der Gläubiger auf die Aufrechnungsbefugnis verzichtet.

§ 5.

Haben der Hauptschuldner und der Gläubiger die Aufrechnung ihrer Gegenforderungen vor oder bei der Bürgschaftsübernahme vertragsmässig ausgeschlossen[16]), so wirkt dies gemäss § 765, 767 BGB. gegen den Bürgen. Er kann also nicht § 770 II vorschützen, wenn der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt. Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn ein solcher Vertrag nach der Bürgschaftsübernahme abgeschlossen ist. Dieser Vertrag würde für den Bürgen, falls er ihm nicht zustimmt, gemäss § 767 Abs. 1 Satz 3 nicht verbindlich sein, da hierbei durch Rechtsgeschäft des Haupt-

[16]) Pactum de non compensando. Dies kann auch darin erblickt werden, dass Barzahlung ausdrücklich vereinbart ist, oder wenn der Fall des § 391 Abs. 2 vorliegt. Vgl. Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. II § 191 Anm. 13.

schuldners die Verpflichtung des Bürgen erweitert würde. Die Erweiterung der Verpflichtung läge darin, dass dem Bürgen eine ihm vorher zustehende Einrede[17]) durch den Vertrag entzogen würde. In diesem Falle könnte er also seinerseits Leistung verweigern.

§ 6.

Nach gem. Recht war die Kompensationsbefugnis eine Einrede, welche, wenn sie erst einmal entstanden war, dem Bürgen nicht wieder gegen seinen Willen vom Hauptschuldner entzogen werden konnte[18]).

So konnte auch z. B. der Bürge die Kompensationseinrede vorschützen, wenn der Hauptschuldner seine Gegenforderung dem Gläubiger erlassen hatte[19]). Dies ist nach BGB. anders. Erlässt bei bestehender Aufrechnungslage der Hauptschuldner die ihm zustehende Gegenforderung, so verliert der Bürge die Einrede aus § 770, II, denn nun kann sich der Gläubiger nicht mehr durch Aufrechnung befriedigen. Die Sache liegt auch hier anders, als beim vertragsmässigen Ausschluss der Aufrechnung nach der Bürgschaftsübernahme. Bei einem derartigen Erlasse geht der rechtsgeschäftliche Wille und Erfolg nicht auf eine Erweiterung der Bürgschaftsverbindlichkeit, wie es in dem genannten Falle vorlag, sondern auf die Vernichtung einer Schuld. Dass dies nebenbei auch den Verlust einer Einrede für den Bürgen zur Folge hat, kann hierbei nicht in Betracht kommen[20]). Kohler und Eck finden darin, dass der Hauptschuldner durch Erlass seiner Gegenforderung den Bürgen um seine Einrede bringen kann, einen Grund für die Unhaltbarkeit der Bestimmung des § 770, II, m. E. mit Unrecht. Der Zweck der Bürgschaft ist doch, dem Gläubiger grössere Sicherheit für seine Forderung zu bieten. Erlässt nun der Hauptschuldner dem Gläubiger seine Gegenforderung — und wie Kohler ganz richtig sagt, braucht man dabei durchaus nicht

17) § 770, II.

18) Vgl. L. 62 Dig. de pactis 2, 14.

19) Ebenso v. Vangerow, Pand. § 578 S. 139.

20) Ebenso Oertmann, das Recht der Schuldverhältnisse. Anm. I zu § 770. Eck a. a. O. S. 365, Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 444, etwas zu sehr verallgemeinernd Ebert, in Fischer-Henles Handausgabe des BGB. Anm. 3 zu 770, vgl. darüber unten S. 17.

an einen dem Bürgen gespielten Tort zu denken, die Parteien können gute Gründe haben, ein solches Schuldverhältnis, das vielleicht eine eigenartige Entstehung hat, in eigenartiger Weise zu behandeln — so geht sie damit unter, und unmöglich kann doch der Gläubiger, der für seine Forderung Befriedigung verlangt, auf die untergegangene Schuld verwiesen werden, die ihm keine Befriedigung mehr gewähren kann. Vom Standpunkte des gemeinen Rechts, nach welchem die Kompensabilität als Einrede behandelt wurde, mag es unbillig erscheinen, dass der Hauptschuldner dem Bürgen diese Einrede entziehen kann, keineswegs aber vom Standpunkt des BGB. Der § 770, II will nicht einen Vorteil, den der Hauptschuldner kraft seines persönlichen Rechtes geltend machen kann, wenn er will, unter allen Umständen auch dem Bürgen zu gute kommen lassen, sondern er will nur besagen, dass der Gläubiger, solange seine Forderung durch eine kompensable Gegenforderung gesichert ist, sich erst an diese Sicherheit halten soll, bevor er die zweite Sicherheit, den Bürgen, in Anspruch nimmt[21]). Fällt aber die kompensable Gegenforderung weg, so ist es sein gutes Recht, sich an den Bürgen zu halten.

§ 7.

Zu einem interessanten Ergebnis führt die Frage nach der Stellung des Bürgen, wenn eine der einander gegenüberstehenden Forderungen cediert wird. Das BGB. bestimmt in § 406 ebenso wie das gemeine und preussische Recht, dass der debitor cessus mit der Gegenforderung, welche er gegen den Cedenten hatte, auch dem Cessionar gegenüber aufrechnen kann. Er darf dies nur dann nicht, wenn er die Gegenforderung erst nach der Abtretung erworben und davon Kenntnis gehabt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist[22]).

[21]) Es ist hier, wie auch im weiteren in erster Linie an den als Selbstschuldner haftenden Bürgen gedacht, der Fall, der auch in der Praxis der häufigere ist. Hat der Bürge die Einrede der Vorausklage, so wird er nur selten Veranlassung haben, sich auf § 770 II zu berufen. Muss der Gläubiger erst gegen den Hauptschuldner klagen, so wird letzterer meistens wohl selbst sein Aufrechnungsrecht geltend machen.

[22]) Die Bestimmung des § 406 ist vielfach angefeindet worden, besonders und mit gewichtigen Gründen von Franz Leonhard a. a. O.

Tritt demnach der Gläubiger G. seine verbürgte Forderung gegen den Hauptschuldner H. an den Cessionar C. ab, so kann H. wenn man von den oben genannten Beschränkungen zunächst absieht, seine Gegenforderung an G. auch dem C. gegenüber aufrechnen, und dasselbe Recht hat G., wenn H. seine Gegenforderung an einen Cessionar C. abtritt, diesem gegenüber. Welche Rechte hat nun der Bürge in solchem Falle? Verliert er durch derartige Verfügungen seine Einrede? Ebert in Fischer-Henles Handausgabe Anm. 3 zu § 770 scheint dies anzunehmen, allerdings trifft er nur einen der beiden genannten Fälle, wenn er sagt:

„Verfügt der Schuldner vor der Inanspruchnahme des Bürgen durch den Gläubiger über die ihm gegen letzteren zustehende Forderung, dann fällt das Recht des Bürgen zur Erfüllungsverweigerung weg“[23]).

Aber gerade für diesen Fall kann man m. E. Ebert nicht beistimmen. Der Bürge kann nach § 770, II die Leistung verweigern, solange der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Verfügt nun der Schuldner über seine Gegenforderung an den Gläubiger in der Weise, dass er sie abtritt, so kann der Gläubiger, wie wir oben gesehen haben, dem Erwerber der Forderung gegenüber mit seiner Forderung an den Schuldner aufrechnen. Es steht ihm also diese Möglichkeit der Befriedigung trotz der Abtretung offen, der Bürge ist daher befugt, im Falle, dass der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt, die Leistung zu verweigern.

Man könnte dem widersprechen mit der Begründung, dass im § 770, II nur von Aufrechnung mit einer fälligen Forderung des Hauptschuldners die Rede sei und man die abgetretene Forderung nicht mehr als eine solche bezeichnen könne. Dem möchte ich entgegnen, dass es m. E. nur auf die Identität der

---

§ 46 S. 179 f., ferner von Lippmann, a. a. O. Bd. 43 S. 460 f., 465. Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 38 f. erklärt sie mit seiner Vinkulierungstheorie, wonach die beiden Gegenforderungen von dem Augenblick ihres Gegenübertretens an vinkuliert oder, wie er sich auch ausdrückt, geschwächt und gedämpft seien, ein Zustand, der durch die Abtretung einer Forderung nicht geändert würde. Diese Anschauung widerspricht m. E. der vom BGB. vertretenen rechtsgeschäftlichen Theorie der Aufrechnung und neigt sich stark der absoluten Theorie zu.

[23]) Ebenso Weismann in der Zeitschr. f. Ziv.-Prozess Bd. 26 S. 42.

Forderung ankommt. Die Ausnahme, welcher der § 406 von dem für die Aufrechnung allgemeinen Erfordernis der Gegenseitigkeit der beiden Forderungen macht, muss auch für § 770, II gelten. Nach römischem Recht, wo der Cessionar nur als Einziehungsbevollmächtigter des Cedenten aufgefasst wurde, wäre dies selbstverständlich, da hiernach die Forderungen trotz der Abtretung eine solche des Cedenten bliebe. Wenn auch diese Konstruktion für das BGB. nicht mehr anwendbar ist, so sagt doch Satz 2 des § 398, dass mit dem Abschlusse des Abtretungsvertrages der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Daraus folgt m. E., dass es im vorliegenden Fall für das Einrederecht des Bürgen nicht von Bedeutung sein kann, ob die Forderung, gegen welche der Gläubiger seine Forderung aufrechnen und sich dadurch für diese befriedigen kann, dem Hauptschuldner noch zusteht, oder ob er sie einem Dritten abgetreten hat. Zu demselben Resultat müsste auch Kohler in konsequenter Verfolgung seiner Vinkulierungstheorie kommen. Er sagt a. a. O. Bd. 24 S. 39, eine Forderung, welche einer andern aufrechenbar gegenüberstehe, sei gedämpft und könne nur mit dieser Dämpfung auf einen andern übergehen. Ist dies aber der Fall, dann muss sich auch der Bürge auf diese Dämpfung berufen können.

Nur in der oben vertretenen Auffassung kann ich den leitenden Gedanken des § 770 II gewahrt sehen. Wenn Ebert und Weismann Recht hätten, würde der § 770 II dem Bürgen nur einen sehr schwachen Schutz bieten, indem ihm der Hauptschuldner die Einrede jeder Zeit durch Abtretung seiner Gegenforderung entziehen könnte. Hierzu würde der Hauptschuldner, zumal, wenn er in bedrängter Lage ist, umso mehr geneigt sein, als er dadurch dem Gläubiger einen Gefallen erwiese, welcher ihm nichts kostet. Schliesslich würde die letztgenannte Ansicht die Erscheinung zur Folge haben, dass sich der Wert einer Forderung durch Cession erhöhen würde, was Rudolf Leonhard a. a. O. in Anm. 4. S. 366 mit Recht abweist.

Anders liegt die Sache für den Bürgen, wenn der Gläubiger seine Forderung an den Hauptschuldner abtritt. Dann kann zwar nach § 406 der Hauptschuldner dem Cessionar gegenüber mit seiner Gegenforderung an den Cedenten aufrechnen, nicht aber

umgekehrt der Cessionar dem Hauptschuldner gegenüber. Es liegt somit für den neuen Gläubiger, den Cessionar, keine Befriedigungsmöglichkeit durch Aufrechnung vor, daher hat auch der Bürge nicht das Recht, seine Leistung zu verweigern.

Zu denselben, immerhin merkwürdigen Resultaten kommt man auch, wenn man die Stellung des Bürgen im Falle der Beschlagnahme einer der aufrechenbar gegenüberstehenden Forderungen untersucht. Der § 392 BGB. bestimmt, dass durch die Beschlagnahme einer Forderung die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen wird, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme erworben hat, oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist. Die Beschränkungen sind somit dieselben, wie bei der Cession, da nach § 829 CPO. die Beschlagnahme an die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner geknüpft ist, er also stets Kenntnis davon haben muss. Ist demnach die verbürgte Forderung des Gläubigers G. an den Hauptschuldner H. von einem Gläubiger des G. gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden, so kann H., falls nicht eine der genannten Beschränkungen vorliegt, auch dem beschlagnehmenden Gläubiger gegenüber aufrechnen. Nimmt der letztere aber den Bürgen in Anspruch, — ein Recht, welches ihm zusteht, da die Überweisung die Ermächtigung zur Einziehung bezw. die Cession ersetzt[24]), — so muss dieser zahlen, die Voraussetzungen für die Einrede des § 770 II sind nicht vorhanden. Anders, wenn ein Gläubiger des H. dessen Gegenforderung an G. pfänden und sich überweisen lässt, dann kann G. aufrechnen, der Bürge also, wenn G. von ihm Zahlung seiner Bürgschaftsschuld verlangt, seine Leistung verweigern. Dieser Fall wird in der Praxis seltener vorkommen, als der analoge bei der Cession, weil in den meisten Fällen, in denen ein Gläubiger eine Forderung pfänden und sich überweisen lässt, er diese auch schnell eintreiben wird. G. würde also in unserem Falle sehr bald zur Abgabe der Aufrechnungserklärung veranlasst werden, dadurch würde aber die Aufrechnungslage beseitigt und der Bürge von der Bürgschafts-

[24]) Vgl. Sydow und Busch CPO. Anm. 1 zu § 836.

schuld in Höhe der Gegenforderung befreit sein. G. hätte kaum Zeit, inzwischen gegen den Bürgen vorzugehen. — Doch kann es auch manchmal Fälle geben, in denen ein Gläubiger Gründe hat, mit der Eintreibung einer überwiesenen Forderung zu warten, so dass auch hier das Einrederecht der Bürgen praktisch werden kann.

§ 8.

Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nach § 390 BGB. nicht aufgerechnet werden. Eine Ausnahme wird jedoch in demselben Paragraphen für die Einrede der Verjährung gemacht. Die Verjährung existiert danach für die Aufrechnung nicht, falls die aufzurechnende Forderung beim Gegenübertreten der Gegenforderung noch nicht verjährt war[25]).

Welchen Einfluss übt dieses auf die Stellung des Bürgen? Selbstverständlich ist zunächst, dass der Gläubiger den Bürgen nicht mehr in Anspruch nehmen kann, wenn sein Anspruch gegen den Hauptschuldner verjährt ist, nach § 768. Andererseits kann aber auch der Anspruch des Gläubigers gegen den Bürgen verjähren, obwohl er gegen den Hauptschuldner wegen der Möglichkeit einer Aufrechnung bestehen bleibt. Der Gläubiger kann sich nicht auf § 202 BGB. berufen, dass die Verjährung des Anspruchs gegen den Bürgen während des Bestehens der Aufrechnungslage gehemmt gewesen sei, weil letzterer so lange zur Verweigerung

---

[25]) Die Ausnahme für die Einrede der Verjährung beruht auf einem Beschlusse der 2. Kommission. Die Mot. sagen noch Bd. 2 S. 106: Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden. Dies gilt vor allem von der Einrede der Verjährung. . . . Ganz richtig sagt dagegen Oertmann a. a. O. Anm. 2 zu § 390, dass die Regelung, welche § 390 Satz 2 gibt, auch ohne besondere Bestimmung sich aus dem Prinzip der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung ergeben würde. Gefährlich kann diese Bestimmung ev. dem Gläubiger werden, wenn er bei bestehender Aufrechnungslage nach Ablauf der Verjährungsfrist eine zweite Forderung gegen den Schuldner erwirbt und dieser seine Forderung gegen die zweite Forderung des Gläubigers aufrechnet. Die erstere Forderung des letzteren würde dann nicht mehr einzutreiben sein. Der Gläubiger kann jedoch dieser Bestimmung des Schuldners gemäss § 396 unverzüglich widersprechen, worauf die gerechtere gesetzliche Regelung des § 366 eingreift.

der Leistung berechtigt gewesen sei, denn der Abs. 2 desselben Paragraphen bestimmt ausdrücklich, dass diese Vorschrift u. a. auch auf die dem Bürgen nach § 770 zustehenden Einreden keine Anwendung finde[26]). Dies ist dann von besonderer Wichtigkeit für den Bürgen, wenn bei bestehender Aufrechnungslage nach Ablauf der Verjährungsfrist der Hauptforderung der Gläubiger seine Forderung abtritt oder der Hauptschuldner seine Gegenforderung erlässt.

§ 9.

Die bisherigen Ausführungen galten der Untersuchung nach der Stellung des Bürgen, wenn der Hauptschuldner ein Aufrechnungsrecht dem Gläubiger gegenüber hatte. Es ergeben sich jedoch auch interessante Resultate und Streitfragen für den Fall, dass der Bürge selbst aufrechnungsberechtigt ist. Unbestritten ist zunächst, dass der Bürge, welcher von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, wenn er selbst eine fällige Forderung an den Gläubiger hat, mit dieser aufrechnen kann, denn hier liegen alle im § 387 geforderten Voraussetzungen zur Aufrechnung vor. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass sowohl der Hauptschuldner, wie der Bürge eine Gegenforderung an den Gläubiger haben. Der Bürge kann dann nach Belieben entweder nach § 770, II seine Leistung verweigern, oder nach § 388 aufrechnen. Die doppelte Möglichkeit kann von Wichtigkeit sein, z. B. für den Fall, dass der Gläubiger unsicher ist und der Bürge daher lieber eine Regressforderung an den sicheren Hauptschuldner erwerben, als seine Forderung an den unsicheren Gläubiger behalten will.

Schwieriger ist es zu entscheiden, ob der Bürge, welcher eine Gegenforderung gegen den Gläubiger hat, zur Aufrechnung berechtigt ist, ohne von letzterem in Anspruch genommen zu sein, mit anderen Worten, ob ein solcher Bürge durch seine Aufrechnungserklärung dem Gläubiger die Möglichkeit nehmen kann, den Hauptschuldner auf Zahlung zu verklagen. Diese Frage gelangt zu besonderer Bedeutung, wenn der Gläubiger in Konkurs gerät. Das Reichsgericht hat diese Frage neuerdings entschieden,

---

[26]) Vgl. dazu Ebert in Fischer-Henles Handausg. des BGB. Anm. 4 zu § 770.

und zwar in Übereinstimmung mit den beiden Vorinstanzen in bejahendem Sinne[27]).

Es geht dabei von folgenden Anschauungen aus: An sich stünde dem Bürgen ebenso wie jedem Dritten gemäss § 267 das Recht zu, die Hauptverbindlichkeit zwar durch Zahlung, bezw. sonstige vereinbarte Leistung, nicht aber sie durch Aufrechnung zu tilgen. Im vorliegenden Falle tilge aber der Bürge garnicht die Hauptschuld, sondern seine eigene, nämlich die Bürgschaftsschuld. Dies müsse ihm freistehen, sobald die Voraussetzungen des § 387, Gegenseitigkeit, Gleichartigkeit und Fälligkeit der aufzurechnenden Forderung vorlägen. Tilge nun der Bürge in der bezeichneten Weise die Forderung des Gläubigers, so gehe sie gemäss § 774 auf ihn über und letzterer sei nicht mehr legitimiert, sie klagweise geltend zu machen. Auch stehe dem nicht etwa der Satz 2 des § 774 entgegen, denn einmal habe der Gläubiger durch die Aufrechnung im Sinne des Gesetzes volle Befriedigung erhalten, dann aber spreche § 774 Satz 2 nur davon, dass der — bereits erfolgte — Übergang der Forderung nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden könne. Dies könne nicht etwa dahin verstanden werden, dass ein solcher Übergang, soweit er dem Gläubiger nachteilig sei, als nicht erfolgt zu gelten habe. Gegen diese Ansicht wendet sich Sievers in einem Aufsatze, welcher in Nr. 10 des VII. Jahrganges der Zeitschr. „das Recht“ (vom 25. Mai 1903) S. 249 f. abgedruckt ist, wobei er ausführt, dass der Bürge nicht das Recht habe, dem Gläubiger

---

[27]) Urteil des ersten Zivilsenats vom 7. Febr. 1903. Entsch. Bd. 53 S. 403.

Dem Urteil liegt kurz folgender Tatbestand zu Grunde: Der Hauptschuldner Gr. schuldete der Leipziger Bank zur Zeit der Konkurseröffnung einen Kontokurrent-Saldo von ca. 79000 Mark. Sein Schwiegervater Ga. haftete dafür als selbstschuldnerischer Bürge bis zur Höhe von 60000 und war zugleich mit einem Betrage von über 60000 Gläubiger der Bank. Nach Eröffnung des Konkurses zeigte Ga. dem Konkursverwalter an, dass er im Hinblick auf die übernommene Bürgschaft bis zur Höhe von 60000 Mark aufrechne. Der Konkursverwalter widersprach dieser Erklärung und klagte gegen den Hauptschuldner auf Zahlung, dieser wandte ein, dass die Forderung bis zur Höhe von 60000 Mark auf den Bürgen Ga. übergegangen, der Konkursverwalter zu deren Geltendmachung daher nicht legitimiert sei.

durch Aufrechnung mit seiner eigenen Forderung Befriedigung aufzuzwingen. Die Verpflichtung des Bürgen gehe auf Einstehen dafür, dass der Hauptschuldner die Leistung bewirke, nicht auf eigene Leistung der Hauptverbindlichkeit. Dies letztere Recht müsse man allerdings dem Bürgen nach § 267 zugestehen, doch sei dann Befriedigung durch Aufrechnung ausgeschlossen. Bewirke der Bürge die Leistung — das heisst Zahlung — der Hauptverbindlichkeit, so würde dies eine sogenannte Einlösungszahlung sein. Für diese Fälle gäbe aber das BGB., und zwar in den §§ 268, 1192, 1223 und 1249, dem einlösenden Dritten ausdrücklich die Befugnis, den Gläubiger auch durch Aufrechnung oder Hinterlegung zu befriedigen, während es dem Bürgen diese Befugnis nirgends einräume. Den Grund hierfür sieht Sievers in dem Umstande, dass es sich in den genannten Fällen um eine besondere Rechtswohltat für Realintercedenten handele, welche dem Bürgen versagt worden sei. Schliesslich bekämpft Sievers noch die reichsgerichtliche Auslegung des § 774 Satz 2, indem er meint, dieser Satz habe die Bedeutung, dass sich niemand auf die Tatsache des Überganges berufen darf, soweit diese Tatsache dem Gläubiger nachteilig ist.

Diese letztere Auslegung ist zunächst m. E. nicht aufrecht zu erhalten, denn die Folge derselben wäre, dass der Hauptschuldner zweimal zahlen müsste, nämlich erstens gemäss § 774 Satz 1 an den Bürgen, zweitens, insoweit der Übergang der Forderung an den Bürgen dem Gläubiger — im vorliegenden Falle also der Konkursmasse — nachteilig ist, der Hauptschuldner also sich nicht darauf berufen darf, an den Gläubiger. Der Hauptschuldner hätte in diesem Falle nicht einmal das Recht, die doppelt gezahlte Summe vom Bürgen gemäss § 812 f. herauszuverlangen, da eine ungerechtfertigte Bereicherung desselben garnicht vorläge.

Aber auch bezüglich des Hauptpunktes in dieser Frage muss man m. E. den reichsgerichtlichen Ausführungen beitreten. Sievers würdigt gerade den Leitsatz der Gründe des Reichsgerichts, dass nämlich der Bürge durch die Aufrechnung nicht die fremde Hauptverbindlichkeit, sondern seine eigene Bürgschaftsschuld tilgt, keines Wortes. Da dies aber gerade der springende Punkt für die Entscheidung ist, so sind die übrigen Ausführungen Sievers' ge-

wissermassen ein Schlag ins Wasser. Nicht auf Grund des § 267, sondern auf Grund des § 387 ist der Bürge zur Aufrechnung berechtigt. Daher bedarf es hier keiner besonderen dies zulassenden Gesetzesbestimmung, wie bei den Realintercedenten[28]).

Man darf auch nicht etwa annehmen, dass nach der vom Reichsgericht getroffenen Entscheidung, der Bürge dem Gesamtschuldner gleichgestellt werde. Der Unterschied liegt — abgesehen von der accessorischen Natur der Bürgschaft, man vergleiche dazu § 767, 768 einerseits und § 425 andererseits, — in folgenden Umständen: Bei der Aufrechnung des Bürgen bleibt die Hauptforderung mit allen Accidentien bestehen, nur wird durch den kraft Gesetzesvorschrift erfolgenden Übergang der Gläubiger ein anderer. Durch die Aufrechnung eines Gesamtschuldners aber wird die bisherige Gesamtschuld vernichtet, und es entwickelt sich daraus gemäss § 426 eine Forderung des aufrechnenden Gesamtschuldners an die übrigen wiederum solidarisch haftenden Gesamtschuldner, welche um soviel geringer ist, als der Anteil des nunmehrigen Gläubigers an der Gesamtschuld betrug.

II. Abschnitt.

§ 10.

Nach den bisherigen Untersuchungen, welche der Stellung des Bürgen, bei bestehender Aufrechnungslage galten, liegt es uns jetzt ob, den Einfluss des Aufrechnungsvollzugs auf die Stellung des Bürgen des näheren zu betrachten.

---

[28]) Ebenso Kipp in Windscheid-Kipp Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. II § 350 S. 356 u. Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 7. Kipp geht augenscheinlich von derselben Auffassung aus, welche oben auseinandergesetzt ist, wenn er sagt: Bürge, Hypotekeneigentümer und Verpfänder können auch den Gläubiger durch Aufrechnung mit ihrer eigenen Gegenforderung befriedigen; für den Bürgen ist dies nach § 387 selbstverständlich. . . Sievers führt für seine Ansicht Planck Note 4 zu § 267 an, dies hat jedoch gar keine Bedeutung für die Stellung des Bürgen, denn Planck sagt doch nur, was wohl kaum jemand bestreiten wird, dass ein Dritter zwar die Leistung des Schuldners bewirken darf, nicht aber das Recht hat, den Gläubiger statt dessen durch Aufrechnung oder Hinterlegung zu befriedigen.

Zu diesem Zwecke ist es zunächst erforderlich den Vorgang des Aufrechnungsvollzugs selbst genau kennen zu lernen. Wer vollzieht die Aufrechnung? Wodurch geschieht dies? Welche unmittelbaren Folgen hat der Aufrechnungsvollzug? Das sind Fragen, deren Beantwortung viele Bände der juristischen Literatur gewidmet sind.

Für das gemeine Recht war Wesen und Vorgang des Aufrechnungsvollzugs bis zuletzt streitig. In erster Linie fragt es sich, wer die Aufrechnung vollzieht. Die herrschende Ansicht ging dahin, dass der Richter durch das Urteil die eingewendete Kompensation mit rückwirkender Kraft vollzöge[29]). Eine frühere Richtung behauptete entsprechend der absoluten Theorie, die Kompensation vollzöge sich allein durch das Gegenübertreten der beiden Forderungen von selbst. Diese vom Glossator Martinus herrührende Ansicht ist vom Code civil aufgenommen, für das gemeine Recht aber in neuerer Zeit verlassen worden. Endlich findet sich auch in der Wissenschaft des gemeinen Rechts — allerdings nur vereinzelt — die Ansicht, dass die Kompensation durch eine darauf gerichtete Handlung des Kompensationsberechtigten, also durch seine Erklärung, vollzogen wird[30]). In der Praxis war diese Ansicht sogar die herrschende[31]), ebenso wie für das Preussische Allgemeine Landrecht, woselbst sie auch in der Literatur überwiegend vertreten war[32]).

Auch das BGB. hat sich dieser Ansicht angeschlossen, indem es in § 388 bestimmt: „Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile“. Nach dieser Richtung hin scheinen somit Streitfragen für das Bürgerliche Recht ausgeschlossen zu sein, während sie hinsichtlich der Wirkung des Aufrechnungsvollzugs sehr zahlreich von neuem entbrannt sind.

---

[29]) So Brinz, Komp. S. 134 Pand. II § 288 Dernburg, Komp. S. 187 f., 294 f., 529 u. a. Eisele, Komp. S. 250 f. Lippmann a. a. O. Bd. 32 S. 157. Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 215 I 3.

[30]) Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 1 f. Franz Leonhard a. a. O. S. 144 f.

[31]) R. G. Entsch. Bd. VII S. 245, Bd. 11 S. 119, 120. R. O. H. G. Entsch. Bd. 10 S. 167, Bd. 19 S. 77.

[32]) Koch, Recht der Forderungen § 162 S. 632 f., 655. Koch Komm. zum ALR. Bd. II S. 436 Anm. 1 zu § 300 h. t. und Anm. 3. Förster a. a. O. Bd. 1 § 94. Engelmann Pr. P. R. § 144 S. 304.

Für den Bürgen äussert sich die Wirkung des Aufrechnungsvollzugs nach Bürgerlichem Recht — ebenso wie nach den früheren Rechtssystemen — in der Hauptsache dahin, dass er durch den Aufrechnungsvollzug in Höhe der aufgerechneten Forderung von seiner Verbindlichkeit frei wird. Dies ergibt sich aus § 767 Satz 1, wonach für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend ist, in Verbindung mit § 389, welcher besagt, die Aufrechnung bewirke, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten seien[33]).

§ 11.

Dieser letztgenannte Paragraph hat nun wieder Anlass zu einer Menge Streitfragen gegeben, deren Lösung für die Stellung des Bürgen insofern von Bedeutung ist, als es sich dabei auch um den Zeitpunkt handelt, in welchem die Befreiung des Bürgen von seiner Verbindlichkeit eintritt.

Die in § 389 zur Erscheinung kommende Rückwirkung der Aufrechnungserklärung hat manchen zu der Auffassung Anlass gegeben, dass auch das BGB. die Forderungen in Wirklichkeit in dem Zeitpunkte ihres Gegenübertretens erlöschen lasse und dass die erforderliche Aufrechnungserklärung den Eintritt dieser Folgen nur feststelle, mit anderen Worten, dass diese Erklärung nicht eine konstitutive, sondern nur eine deklaratorische Wirkung habe. Diese Ansicht vertritt für das BGB. vor allem Endemann, welcher a. a. O. Bd. I. § 144 nach eingehender, das Gesetz allerdings etwas frei behandelnder Darlegung seiner Ansicht, zu dem Resultat kommt, die Aufrechnung sei ein kraft bedingter Rechtsvorschrift eintretendes Erlöschen zweier aufrechnungsfähiger Forderungen.

Dieses Resultat dürfte in mehrfacher Beziehung anfechtbar sein. Zunächst ist es nicht logisch, die Aufrechnung als ein Erlöschen zu definieren, Aufrechnung und Erlöschen ist nicht ein idem, sondern das zweite ist die Folge des ersten, Aufrechnung ist eine Handlung, wie schon aus der Wortbildung hervorgeht, welche, um

---

[33]) Vgl. Mot. II S. 109, Enneccerus-Lehmann a. a. O. § 324 S. 693, Matthiass a. a. O. § 131, E. Neumann a. a. O. Anm. 2 zu § 768, Cosack a. a. O. § 111 IV 2.

dies deutlich zu bezeichnen, vom BGB. anstatt der früher üblichen Bezeichnung „Kompensation“ gewählt worden ist, Erlöschen ist ein Zustand, oder doch wenigstens das Eintreten eines neuen Zustandes. Vor allem aber ist Endemanns Definition vom juristischen Gesichtspunkte aus zu beanstanden. Er sagt nämlich, die Aufrechnung sei ein kraft bedingter Rechtsvorschrift eintretendes Erlöschen zweier Forderungen, und meint mit dieser Bedingung die Aufrechnungserklärung. Nach § 158 BGB. tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein, sonach würde nach Endemanns Definition das Erlöschen der beiden Forderungen erst mit der Abgabe der Aufrechnungserklärung eintreten, und grade das Gegenteil hat er vorher auseinandergesetzt[34]).

Endemanns Theorie der Aufrechnung als eines bedingt ipso iure wirkenden Tilgungsmittels scheint zuerst von Unger für das österreichische Recht a. a. O. Bd. 2 § 124 S. 491 aufgestellt zu sein. Für das Bürgerliche Recht wird sie noch vertreten von Oertmann a. a. O. Anm. 1 zu § 389 und Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung S. 108, 110. Ähnliches lehrt Enneccerus a. a. O. § 215, insbesondere, dass die Aufrechnungserklärung nur deklarative Bedeutung habe, indem sie klarstelle, dass die Forderungen sich zur Zeit ihres Gegenübertretens aufgehoben haben. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II 1 § 127 geht zwar nicht so weit, sondern lässt die Erklärung der Parteien die Aufrechnung vollziehen, behauptet aber, dass die gegenüberstehenden Forderungen von der Zeit der Aufrechenbarkeit an nur noch bedingte Kraft haben und dass dem § 389 BGB. allerdings der Gedanke zu Grunde liege, das Gegenübertreten der Forderungen habe bereits vernichtende Wirkung unter der Bedingung, dass es von der einen oder andern Partei geltend gemacht werde.

M. E. haften die genannten Autoren noch zu sehr an dem Kompensationsbegriffe des gemeinen Rechts, wie auch Enneccerus zugibt, indem er behauptet, die Rückwirkung der Aufrechnung sei auch nach BGB. dieselbe, wie im gemeinen Recht. Zwar ist da-

---

34) Gegen Endemann auch Kipp a. a. O. § 349 S. 439, Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse Vorbem. vor § 387 und Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 453 f.

mit nicht viel gesagt, denn auch im gemeinen Recht gingen die Ansichten darüber sehr auseinander und gerade die neuere Entwickelung des gemeinen Rechts stimmt nicht mit Enneccerus' Ansicht, der nur deklarativen Bedeutung der Aufrechnungserklärung überein. Die Gesetzesbestimmungen aber selbst und die Motive geben uns Aufschluss über die dem Gesetze zu Grunde liegende Auffassung. Fest steht hiernach

1. dass die Aufrechnung durch Erklärung erfolgt Erfolgt, ist hier soviel wie vollzogen wird. Voraussetzung hierfür ist das Vorhandensein der im § 387 geforderten Umstände, im vorstehenden als Aufrechnungslage bezeichnet[35]). Die Erklärung selbst ist das ausschlaggebende Moment, welches den bisherigen Zustand vernichtet, die Forderungen tilgt und Pfänder und Bürgen befreit. Die Wirkung der Aufrechnung reicht aber in die Vergangenheit zurück.

2. geht das Gesetz von der Auffassung aus, dass sich beide Forderungen vor der Aufrechnungserklärung unabhängig und unbeeinflusst von einander gegenüberstehen[36]). Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 32 f. ist allerdings anderer Ansicht, er behauptet eine gewisse gegenseitige Beeinflussung der gegenüberstehenden Forderungen, welche er als Vinkulierung bezeichnet. Würde Kohler damit nur eine rein tatsächliche Beeinflussung meinen, so könnte man ihm voll und ganz beistimmen. Denn dass zum Beispiel der wirtschaftliche Wert einer solchen Forderung ein ganz anderer ist, als der einer Forderung, bei der keine Vernichtungsmöglichkeit durch Aufrechnung vorliegt, ist wohl klar[37]). Auch hat das BGB., den Forderungen des praktischen Lebens gehorchend, diese tatsächliche Beeinflussung in einer Reihe Ausnahmebestimmungen berücksichtigt. Kohler bezeichnet aber diese Situation als einen recht-

[35]) Kohler bezeichnet diesen Zustand als Aufrechnungssituation, Dernburg als Aufrechenbarkeit oder Kompensabilität, Weismann a. a. O. S. 35 als Aufrechnungsverhältnis.

[36]) Mot. II S. 108 f. Vgl. Eck, Vorträge S. 369, welcher allerdings S. 368 auch davon spricht, dass die tilgende Wirkung des Gegenüberstehens von Forderung und Gegenforderung suspensiv bedingt ist durch die Erklärung des Kompensationswillens.

[37]) Ähnlich Rudolf Leonhard in Anm. 3 auf S. 368 zu Ecks Vorträgen über das Recht des BGB.

lichen Stand der Sache, der für die künftige Rechtsentwicklung bedeutsam sein kann, und entwickelt aus dieser Vinkulierung der Forderungen verschiedene Gesetzesbestimmungen. Diese Vinkulierungstheorie Kohlers ist nicht geeignet, das Wesen der Aufrechnung in ein klares Licht zu stellen, und ist daher auch mit Recht bekämpft worden, z. B. von Windscheid-Kipp Bd. II § 349 S. 439. Liebknecht a. a. O. S. 110 Anm. 22 und besonders eingehend von Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 454 ff.

3. finden wir als Grundgedanken des Aufrechnungsvollzugs in Gesetz und Motiven ausgedrückt, dass die tilgende Wirkung desselben durch eine Fiktion zurückbezogen werden soll auf den Zeitpunkt, in welchem die beiden Forderungen zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind. Dass dies nur eine Fiktion ist, nicht aber der Ausfluss einer derartigen Theorie, wie sie Endemann und andere aufstellen, geht einmal aus dem Wortlaut des Gesetzes (die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen . . . . als in dem Zeitpunkte erloschen gelten . . . .), ferner aber aus den Motiven hervor, welche Bd. II S. 108 f. diesen Umstand mehrfach hervorheben.

Diese aus den obigen drei Grundgedanken sich ergebende Auffassung des Aufrechnungsvollzugs wird auch von einem grossen Teile der Literatur vertreten, so von Planck Vorbemerk. II vor § 387, Schollmeyer a. a. O. Vorbemerk Ib vor § 387, Cosack Bd. I § 111 II 2 und 3, Windscheid-Kipp a. a. O. § 349, Matthiass a. a. O. Bd. I § 95 III A und D. Sieber a. a. O. § 15 Ia.

Eine Mittelstellung nimmt Crome ein, welcher a. a. O. Bd. II 1 § 193 zwar die Aufrechnung auch erst durch Erklärung vollzogen sein lässt, aber von dem Zeitpunkte an, in welchem die Voraussetzungen der Aufrechnung vorhanden sind, eine Vorwirkung konstruiert und infolgedessen die Annahme einer Fiktion verwirft. Er sagt u. a., dass das blosse Dasein einer aufrechenbaren Gegenforderung dem Schuldner das Recht gebe, die beiden Forderungen als aufgehoben zu behandeln, soweit sie sich decken, und vergleicht die Sachlage mit derjenigen eines Schuldners, welcher das Schuldobjekt hinterlegt, aber das Rücknahmerecht der Hinterlegung noch nicht verloren hat. Es geht aus seiner Darlegung nicht klar

hervor, ob er die gegenseitige Beeinflussung der Forderungen als eine solche tatsächlicher oder rechtlicher Natur aufgefasst wissen will, doch möchte ich aus einer Folgerung, die er zieht, auf das erstere schliessen.

Während nämlich diejenigen, welche eine rechtliche Beeinflussung der aufrechenbar einander gegenüberstehenden Forderungen konstruieren, der Ansicht sind, dass eine in Unkenntnis der Aufrechnungsmöglichkeit erfolgte Erfüllung der einen Forderung die nachträgliche Abgabe der Aufrechnungserklärung nicht ausschliesse und das Geleistete nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden könne, sagt Crome a. a. O. S. 299 Anm. 2 das Gegenteil. Die Entscheidung dieser Frage ist für den Bürgen von grosser Wichtigkeit und zwar in verschiedener Hinsicht. Angenommnn G. und H. haben aufrechenbare Gegenforderungen; zahlt H. seine Schuld in Unkenntnis seines Aufrechnungsrechtes, so wird B., der Bürge, vom Augenblick der Zahlung an frei. Könnte H. nun trotzdem, nachdem er von seinem Aufrechnungsrecht Kenntnis erhalten hat, die Aufrechnungserklärung abgeben, so könnte er das Gezahlte kondizieren, und B. würde befreit sein mit rückwirkender Kraft bis zum Moment des Eintritts der Aufrechnungslage. Er könnte also z. B. Zinsen, die er nach diesem Zeitpunkt an G. gezahlt hat, ebenfalls zurückfordern. Andererseits könnte dann auch B. selbst, wenn er in Unkenntnis des Aufrechnungsrechts des H. an G. gezahlt hat, H. aber nachträglich die Aufrechnungserklärung abgegeben hat, seine Kapitalzahlung kondizieren. Wer die Ansicht vertritt, dass bereits das Gegenübertreten der kompensablen Forderungen eine suspensiv bedingte Tilgung wirkt, wird diese einschneidenden Folgerungen ziehen müssen.

Tatsächlich geschieht dies auch von Enneccerus a. a. O. I § 215 S. 473, Oertmann Anm. 1 zu § 389, Kohler a. a. O. Bd. 20 S. 19, Bd. 24 S. 23, Liebknecht a. a. O. S. 108, 109, Kipp a. a. O. § 349 S. 441 und Weismann a. a. O. S. 34, 35. Während jedoch die vier Erstgenannten diese Behauptung augenscheinlich auf § 812 Satz 1 oder 2 BGB. stützen, indem sie meinen, infolge der Koexistenz sei für die zweitentstandene Forderung ein rechtlicher Grund zur Zahlung nicht vorhanden gewesen, für die

erstentstandene damit aber weggefallen, beides selbstverständlich unter der Bedingung, dass diese Wirkung der Koexistenz von einer der Parteien deklariert werde, stützt Weismann seine Annahme auf § 813 BGB. Er gibt zu, dass vor der Aufrechnung beide Forderungen von einander unbeeinflusst fortbestanden haben und jede selbständig geltend gemacht und erfüllt werden konnte. „Aber jedenfalls," sagt Weismann weiter, „konnte ihre Erfüllung nicht wider den Willen des anderen Teils erzwungen werden; in diesem Sinne (?) war doch ihre Geltendmachung gehemmt. Hatte der andere Teil auch keine Einrede, er konnte doch die Forderung, wenn auch unter Aufopferung der eigenen, aber er konnte ihr doch jederzeit durch seine einseitige Erklärung ein Ende machen; das geht noch über die Kraft einer Einrede hinaus." Letzteres ist allerdings ohne weiteres Weismann zuzugeben, denn eine Einrede ist nach der Auffassung des BGB. nur das Recht, eine geschuldete Leistung zu verweigern[38]), während die Aufrechnung selbst ein modus tollendi[39]), eine Art der Erfüllung ist. Der § 813 BGB. gibt demjenigen, der eine Verbindlichkeit erfüllt hat, welcher eine peremtorische Einrede gegenüberstand, ein Rückforderungsrecht auf das Geleistete. Eine Anwendung dieses Paragraphen auf den in Rede stehenden Fall ist daher ausgeschlossen, zumal bei der genauen Terminologie des BGB., besonders hinsichtlich des Begriffes der Einrede, eine weite Auslegung nur Verwirrung und Unklarheit in das Gesetz bringen würde[40]). Ebensowenig ist ein Vergleich der Wirkungen der Aufrechnung einerseits und der Anfechtung andererseits statthaft, den auch Kipp a. a. O. § 349 S. 441 — ebenso wie Weismann — zur Begründung der Zulässigkeit der condictio indebiti anführt, da die Anfechtung vernichtende Wirkung auf das Rechtsgeschäft und die eventuell daraus resultierende Forderung ausübt, während die Aufrechnung Befriedigung für die Forderung gewährt.

Die Anwendbarkeit des § 812 für den vorliegenden Fall folgt für Enneccerus, Oertmann, Kohler und Liebknecht

---

38) Vgl. Fischer in Fischer-Henles Handausgabe des BGB. Anm. 6 zu § 202.

39) Vgl. Eck, Vorträge S. 363.

40) Wie deutlich das Gesetz zwischen Einrede und Aufrechnungsrecht unterscheidet, ergibt z. B. ein Vergleich zwischen § 768 und 770. Vgl. Weismann a. a. O. S. 21.

aus ihrer Theorie des Aufrechnungsvollzuges, Liebknecht stützt sich noch darauf, dass das Kompensationsrecht den Charakter einer facultas alternativa trage. Dies zugegeben beweist doch nichts für seine Behauptung, ja Crome kommt sogar a. a. O. S. 300 auf Grund derselben Ansicht zu dem entgegengesetzen Resultat.

M. E. ist jede Aufrechnungserklärung, welche erfolgt, nachdem eine der beiden Forderungen durch Zahlung[41]) getilgt ist, unwirksam, weil die Voraussetzungen des § 387 nicht vorliegen. Da die Forderungen rechtsgültig und durch das Recht zur Aufrechnung in ihrem Bestande unberührt nebeneinander stehen, können beide Parteien nach ihrem Belieben ihre Schuld bezahlen oder Aufrechnung erklären. Beides hat tilgende Wirkung, die Aufrechnung für beide Forderungen, soweit sie sich decken, und mit rückwirkender Kraft, die Zahlung nur für die bezahlte Forderung und mit Wirkung vom Moment der Zahlung an. Ist jedoch eins von beiden geschehen, so kann das andere nicht mehr erfolgen. Wird, nachdem Aufrechnung bereits erklärt ist, z. B. vom Bürgen noch Zahlung geleistet, so kann das Geleistete als indebitum zurückgefordert werden, und umgekehrt erlischt eine Forderung nicht, wenn sie gegen eine bereits bezahlte Forderung aufgerechnet wird[42]).

§ 12.

Dieselben Grundsätze müssen Anwendung finden, wenn nach vollzogener Aufrechnung eine Anfechtung erfolgt. Es sind hierbei folgende beiden Möglichkeiten vorhanden: Es kann angefochten werden

1. das Rechtsgeschäft, auf welchem eine der beiden früher gegenüberstehenden Forderungen beruhte,

2. die Aufrechnungserklärung selbst.

---

[41]) Die Zahlung muss natürlich rechtswirksam sein. Ist sie nach § 119 oder 123 angefochten, so ist die Aufrechnungslage wiederhergestellt und die Aufrechnung zulässig. Jedoch ist die Unkenntnis eines Aufrechnungsrechtes kein Irrtum im Sinne des § 119. Vgl. dazu Planck Anm. 3 zu § 389.

[42]) In der Hauptsache übereinstimmend mit dem oben Ausgeführten Motive II S. 109, Planck Anm. 3 zu § 389, Cosack Bd. I § 111 II 2c, Matthiass, § 95 S. 394, Siber a. a. O. S. 133, Crome, § 193 S. 300, Franz Leonhard a. a. O. S. 166 und Eck, Vorträge S. 378, gegen dessen Ansicht sich allerdings Rudolf Leonhard in Anm. 3 ausspricht.

Im ersteren Falle wird durch die Anfechtung erreicht, dass das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist; es ist demnach daraus eine Forderung garnicht entstanden, deshalb ist aber auch eine Aufrechnung nicht erfolgt, weil die Voraussetzung des § 337 — zwei gegenüberstehende rechtsgültige Forderungen — nicht vorhanden war. Die andere Forderung ist also auch nicht erloschen, und deren Bürgen sind nicht befreit. Eine Erklärung zum Zweck der Aufrechnung ist zwar abgegeben worden, sie konnte aber aus dem genannten Grunde ihren Zweck nicht erreichen. Dieses Anfechtungsrecht steht beiden Parteien zu, nur wird es dem zu versagen sein, welcher in Kenntnis der Anfechtbarkeit der Gegenforderung bezw. ihres Entstehungsgrundes die Aufrechnungserklärung abgegeben hat, weil dann hierin ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht zu erblicken ist[43]).

Die soeben dargelegte Ansicht, welche von dem Standpunkte ausgeht, dass von einer wirksamen Aufrechnung keine Rede sein kann, wenn nicht ihre Voraussetzungen vorliegen, ist jedoch nicht unbestritten. Kohler unterscheidet nämlich a. a. O. Bd. 24 S. 19 ff. zwischen der prozessualen oder gerichtlichen Aufrechnung, für welche er die obige Anschauung gelten lässt, und der aussergerichtlichen oder civilistischen, bei der er das Gegenteil annimmt. Er sagt, die civilistische Kompensation habe auch eine Hauptforderung, gegen die aufgerechnet werden soll, zur Voraussetzung, aber nicht zur Bedingung; die tilgende Wirkung der Kompensation trete auch bei Nichtexistenz der Hauptforderung ein, vorbehaltlich des Rechts zur Kondiktion. Die Kompensation wirke in dieser Beziehung so unbedingt, wie die Zahlung. Er begründet diese eigentümlichen Anschauungen damit, dass er die Aufrechnung als eine Anweisung eines Gläubigers an seinen Schuldner, an sich selbst zu zahlen auffasst. Die Unbrauchbarkeit und Unrichtigkeit dieser der Geschichte der Kompensation durchaus widersprechenden Auffassung wird eingehend dargelegt von Liebknecht a. a. O. S. 106 Anm. 5 und Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 515—521, hauptsächlich schon aus dem Gesichtspunkte, dass weder der Anweisungsempfänger, noch der Angewiesene verpflichtet ist, die Anweisung entgegenzunehmen bezw. zu honorieren[44]).

---

43) Vgl. Crome, § 192 S. 297.

44) Vgl. § 783 BGB.

Ebenso wie Kohler behauptet auch Weismann a. a. O. S. 28, dass eine vollzogene Aufrechnung gegen eine Nichtschuld bezw. gegen eine vermeintliche Schuld, deren Nichtexistenz sich erst später herausgestellt hat, tilgende Wirkung gehabt hat und dass der hierdurch Geschädigte nur die ungerechtfertigte Bereicherung kondizieren kann.

Es ist hiergegen dasselbe zu sagen, wie bei Kohler. Diese Ansicht widerspricht ganz offenbar dem Begriff der Aufrechnung, welche auf dem Gegenüberstehen zweier Forderungen aufgebaut ist, und ist auch auf keine Gesetzesbestimmung zu stützen. Auch in der Literatur hat sie wenig Anklang gefunden, ist im Gegenteil vielfach von massgebenden Seiten bekämpft worden[45]).

Was sind nun aber die Folgen einer solchen Anfechtung für den Bürgen? Nach Kohlers Ansicht müsste mit dem Erlöschen der Forderungen auch die Verbindlichkeit des Bürgen erlöschen. Haftet also B. als Bürge für die Forderung des G. an H. und B_1 für die Forderung des H. an G., so werden beide Bürgen durch eine Aufrechnungserklärung befreit. Ficht G. später das für seine Schuld an H. konstitutive Rechtsgeschäft an, so hätte er nach Kohler zwar eine condictio indebiti — die übrigens schwer zu konstruieren ist, da nichts Greifbares hingegeben ist, was zurückgefordert werden könnte —, die Bürgen würden aber davon nicht mehr tangiert, sie wären ein für allemal befreit. Erheblich anders ist ihre rechtliche Stellung, wenn man dem Fall die oben vertretene Auffassung zu Grunde legt. Ficht dann G. in der bezeichneten Weise an, so gilt die Forderung des H. an G. als nicht entstanden, eine Aufrechnung somit als nicht bewirkt. Die Folge ist, dass die Forderung des G. an H. wie vorher besteht,

---

[45]) Die hier vertretene Ansicht findet sich noch bei Planck Anm. 2 zu § 387, Schollmeyer Anm. 1 d zu § 387, Oertmann Anm. 3 zu § 387. Dernburg a. a. O. § 126 I, Kipp a. a. O. § 349 S. 441, Crome, § 192 S. 296, 297, Neumann, Handausgabe des BGB. Anm. 2 zu § 390. Dagegen ausser den Genannten noch Stölzel, Schulung für die civilistische Praxis Bd. II S. 144, 145 und Eck, Vorträge S. 370, welche meinen, dass in der vorbehaltlosen Aufrechnungserklärung eine Anerkennung der Gegenforderung liege, was Rudolf Leonhard Anm. 3 auf S. 370 zu Ecks Vorträgen mit Recht nur dann gelten lässt, wenn der Aufrechnende dies ausdrücklich will, seine Forderung also erlässt.

und ebenso die Bürgschaftsverbindlichkeit des B. Die Bürgschaftsverbindlichkeit des B_1 ist natürlich dann hinfällig, da der Bürge nicht haftet, wenn die Hauptforderung nicht entstanden ist. Umgekehrt ist der Sachverhalt, wenn H. das für seine Schuld an G. konstitutive Rechtsgeschäft anficht.

Die zweite Möglichkeit der Anfechtung ist die, das die Aufrechnungserklärung selbst angefochten wird. Die Aufrechnung ist nach BGB. ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft[46]), kann also entsprechend den für Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen angefochten werden[47]). Lippmann bestreitet dies a. a. O. Bd. 32 S. 240 f., Bd. 43 S. 495 f. Er fragt: Wer ist anfechtungsberechtigt? Ganz richtig gibt Lippmann sich selbst die allein mögliche Antwort darauf: Der Aufrechnende. Derjenige, gegen dessen Forderung aufgerechnet worden ist, ist der Anfechtungsgegner, kann aber natürlich nicht selbständig das Rechtsgeschäft eines anderen anfechten, auch wenn dadurch seine eigene Forderung getilgt worden ist. Auf Grund dieses Umstandes schliesst Lippmann, dass im Kompensationsverhältnis ein Anfechtungsrecht überhaupt nicht rechtlich möglich sei. Diese Schlussfolgerung ist sehr kühn, entbehrt aber des kausalen Zusammenhanges mit dem als solchen angeführten Grunde. Dieser besteht nämlich darin, dass der Anfechtungsgegner in diesem Falle selbst das erheblichste Interesse an einer Legitimation zur Anfechtung habe, weil seine Forderung durch die Aufrechnung getilgt werde, das Recht aber dieses Interesse schutzlos lasse. Ist es einmal logisch unmöglich, hieraus einen solchen Schluss zu ziehen, wie es Lippmann tut, so kommt hinzu, dass die darin aufgestellte Behauptung falsch ist. Der Aufrechnungsgegner steht nämlich durchaus nicht schutzlos da. Es bleibt ihm doch immer die Möglichkeit, die Rechtsgeschäfte, auf denen die aufgerechneten Forderungen beruhen, anzufechten, falls ein Grund dazu vorliegt, und dadurch den Aufrechnungserfolg rückwirkend zu vernichten. Die Aufrechnungserklärung selbst anzufechten, würde ihm schon aus praktischen Gründen sehr schwer fallen, da es höchst schwierig ist, das Vorliegen der Anfechtungsgründe in der Person eines anderen zu beweisen.

[46]) Vgl. Eck, Vorträge S. 362.

[47]) Ebenso Franz Leonhard a. a. O. S. 154, Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 19.

Ferner will Lippmann die Anfechtung einer Aufrechnungserklärung nicht zulassen (seitens desjenigen, welcher die Erklärung abgegeben hat), weil eine Schädigung des Aufrechnenden Voraussetzung der Anfechtung, durch die Aufrechnung eine solche aber nicht verursacht worden sei. Dies ist wiederum unrichtig. Dass eine Schädigung des Anfechtenden Voraussetzung der Anfechtung sei, kann ich aus § 143 BGB., auf den sich Lippmann hierfür beruft, nicht herauslesen, wäre dies aber auch richtig, so müsste man dies doch der subjektiven Beurteilung des Anfechtenden überlassen, und dieser könnte dann gewiss unschwer eine solche konstruieren.

Wird die Aufrechnungserklärung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung angefochten, so ist sie als von vorn herein nichtig, der Aufrechnungserfolg also als nicht eingetreten anzusehen; die beiden Forderungen stehen einander also noch unverletzt gegenüber und die Bürgen sind weiter, wie vorher, haftbar. Man darf sich dies nicht etwa so denken, dass mit der Anfechtung der Aufrechnungserklärung die Forderungen wieder auflebten, sie sind vielmehr — so ist dies wenigstens anzusehen — nie erloschen. Dass die Forderungen wieder aufleben, lässt sich nach einer gültig vollzogenen Aufrechnung durch Vertrag herbeiführen, das hätte aber keinen Einfluss auf die Bürgen, diese könnten sich auf die gültige Aufrechnung berufen und blieben befreit.

Waren für beide aufgerechneten Forderungen Bürgen bestellt, so haften nach der Anfechtung der Aufrechnungserklärung in der Regel beide Bürgen weiter[48]) im Gegensatz zu dem vorher behandelten Fall, wo gewöhnlich nur einer weiter haftete. In einem Falle kann dies letztere aber auch hier der Fall sein. Zur Anfechtung berechtigt ist nach § 119 BGB. derjenige, welcher bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde. Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung ist auch der Irrtum über die Voraussetzungen anzusehen, auf Grund deren man den Willensentschluss fasste[49]).

[48]) Sie haben aber natürlich die Einrede aus § 770 II.

[49]) Vgl. Endemann, Bd. I § 72 Anm. 5.

Eine derartige Voraussetzung ist für die Aufrechnung das Bestehen der Forderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. Eine Aufrechnungserklärung kann demnach angefochten werden, wenn es sich später herausstellt, dass die Gegenforderung nichtig, bezw. aus einem nichtigen Rechtsgeschäft herrührend war[50]). Hatte hier B. als Bürge für die Forderung des anfechtenden G. an H., B_1 als Bürge für die Forderung des H. an G. gehaftet, so ist der Erfolg der Anfechtung für die Bürgen der, das B. weiter haftet, B_1 aber nicht, weil für eine nichtige Forderung keine wirksame Bürgschaft eingegangen werden oder bestehen kann.

III. Abschnitt.

§ 13.

Alles, was im Vorstehenden ausgeführt ist, bezieht sich auf die gesetzliche, die einseitige Aufrechnung, welche im BGB. in den §§ 387 ff. geregelt ist. Die Aufrechnung kann jedoch auch zum Gegenstand eines Vertrages gemacht werden und dann treten sowohl für die Beurteilung der rechtlichen Stellung des Bürgen als auch in manchen anderen Beziehungen andere Gesichtspunkte teils an Stelle der bisherigen, teils zu diesen hinzu.

Grundsätzlich wird folgendes zu gelten haben:

1. Wird zu dem Aufrechnungsvertrage der Bürge hinzu gezogen, so bestimmt sich seine Stellung in erster Linie nach dem Vertrage.

2. Wird der Aufrechnungsvertrag erst nach Übernahme der Bürgschaft ohne den Bürgen geschlossen, so kann dadurch die Stellung des letzteren nicht schlechter werden, als sie ohne den Vertrag sein würde.

Ein Aufrechnungsvertrag wird in den meisten Fällen dazu dienen, besondere Modalitäten bei einzelnen Aufrechnungsverhältnissen zur Geltung zu bringen. So kann dabei von den gesetzlichen Erfordernissen der Fälligkeit einer Forderung oder der

50) Ebenso Franz Leonhard a. a. O. S. 154, anderer Meinung Lippmann a. a. O. Bd. 43 S. 496.

Gleichartigkeit der Forderungen abgesehen oder es können der Aufrechnung Bedingungen oder Zeitbestimmungen hinzugesetzt oder auch eine andere Regelung des Eintritts der Aufrechnungswirkung vereinbart werden. Die Rechte des Bürgen richten sich dann — wenigsten in dem oben zu 1 genannten Falle — nach dem Vertrage. Ist z. B. die nach dem Vertrag für die Möglichkeit der Aufrechnung erforderliche Bedingung für den Gläubiger noch nicht eingetreten, so kann auch der Bürge nicht gemäss § 770, II die Leistung verweigern. Ebenso ist eine vertragsgemäss unter einer Bedingung abgegebene Aufrechnungserklärung nicht etwa nach § 388 unwirksam, sondern gültig und befreit auch den Bürgen, natürlich ebenfalls nur bedingt[51]). Ein solcher Aufrechnungsvertrag untersteht, abgesehen von den Parteivereinbarungen, den allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge[52]).

Die Aufrechnung auf Grund eines Vertrages steht und fällt mit der Wirksamkeit des letzteren. Ist der Vertrag ungültig, so ist auch die Aufrechnung ungültig, und wird der Vertrag rückgängig gemacht, so wird auch die Aufrechnung rückgängig gemacht. Gehört ein Bürge mit zu den Vertragschliessenden, so erstrecken sich auch diese Wirkungen ohne weiteres auf ihn mit. Ist dies aber nicht der Fall, so muss man mit Rücksicht auf ihn untersuchen, ob nicht trotz der Ungültigkeit des Vertrages eine gültige, einseitige Aufrechnungserklärung noch vorliegt. Für den Bürgen der nicht dem Vertrage beigetreten ist, wirkt diese bereits seine Befreiung, weil der Vertrag nur inter partes gilt, für den Dritten aber die gesetzlichen Bestimmungen eintreten[53]).

Haben z. B. G. und H. einen Aufrechnungsvertrag abgeschlossen, welcher aber nachträglich von G. angefochten wird, so bleibt doch B., welcher für die Forderung des G. an H. als Bürge haftet, befreit, wenn in dem Vertrage eine von dem Anfechtungsgrunde nicht beeinflusste Aufrechnungerklärung des H. enthalten ist[54]). Dasselbe würde der Fall sein, wenn der ganze Vertrag gemäss § 139 BGB. nichtig wäre, weil einzelne die Aufrechnung

---

[51]) Ebenso Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 31.
[52]) Vgl. Crome a. a. O. § 191 S. 289.
[53]) Vgl. Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 31.
[54]) Vgl. Crome a. a. O. § 191 S. 289, insbes. Anm. 11.

nicht betreffende Teile nichtig oder angefochten wären. Bleibt jedoch von einem solchen unwirksamen Aufrechnungsvertrage auch keine gültige einseitige Aufrechnungserklärung mehr bestehen, so ist die ganze Aufrechnung unwirksam, und auch die Bürgen sind nicht befreit[55]).

Der Aufrechnungsvertrag wird von Planck Bd. 2 S. 168, Schollmeyer Vorbem. Ia vor § 387, Endemann, § 146 I als gegenseitiger Erlassvertrag charakterisiert[56]). Daraus folgern die drei Erstgenannten, dass im Falle der Ungültigkeit der einen Forderung die andere nicht getilgt wird. M. E. kann man zu diesem an sich richtigen Resultat schon auf Grund der allgemeinen Vorschriften über gegenseitige Verträge kommen (§ 320 ff. BGB.), ohne eine besondere Schematisierung[57]). Der für die gültige Forderung haftende Bürge kann also auch weiterhin in Anspruch genommen werden.

Eine der wichtigsten Erscheinungsformen der Aufrechnungsverträge ist der Kontokurrentvertrag, für den im HGB. § 355—357 besondere Bestimmungen gegeben sind. Von Wichtigkeit für die Stellung des Bürgen in diesem Falle ist § 356, wonach, im Falle eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung in die laufende Rechnung aufgenommen ist, der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert wird, von dem Bürgen insoweit Befriedigung zu verlangen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.

---

55) Vgl. Kohler a. a. O. Bd. 24 S. 31.

56) Ebenso Rudolf Leonhard Anm. 2 auf S. 361 zu Ecks Vorträgen über das Recht des BGB.

57) Ebenso Crome § 191 S. 289.

Lebenslauf.

Verfasser, Leopold Friedensburg, wurde am 21. April 1881 zu Breslau als Sohn des Leutnants a. D. und Fabrikbesitzers Alexander Friedensburg geboren. Von Ostern 1887 an besuchte ich erst die Vorschul-, dann die Gymnasialklassen des hiesigen städtischen Gymnasiums zu St. Johannes, welches ich zu Ostern 1899 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Im April desselben Jahres liess ich mich bei der hiesigen juristischen Fakultät inskribieren, ging dann nach vier Semestern im Sommer-Semester 1901 nach München und kehrte im Winter-Semester 1901/02 nach Breslau zurück. In dieser Zeit hörte ich Vorlesungen bei den Herren:

Prof. Dr. v. Amira, Dr. Bonhöffer, Prof. Dr. Brentano, Prof. Dr. Brie, Prof. Dr. Dahn, Dr. Freudenthal, Prof. Dr. Fischer, Dr. Götz, Prof. Dr. Greteuer, Dr. Jakobi, Prof. Dr. Jörs, Prof. Dr. Kükenthal, Prof. Dr. Leonhard, Prof. Dr. Muther, Prof. Dr. Schücking, Dr. Schott, Prof. Dr. L. v. Seuffert, Prof. Dr. Sombart, Prof. Dr. Stern, Prof. Dr. v. Ullmann, Prof. Dr. Wasserab, Prof. Dr. Wolf.

Am 3. Juli 1902 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung und wurde darauf dem Königl. Amtsgericht in Strehlen i. Schl. zur Ausbildung überwiesen. Seit dem 22. April 1903 bin ich am Königlichen Landgericht zu Breslau als Referendar beschäftigt.

Thesen.

I.

Der vertragsmässige Ausschluss der Anfechtung wegen Irrtums ist ebenso wie der Vertrag selbst anfechtbar, wenn der Irrtum sich auf den Inhalt beider Erklärungen erstreckt.

II.

Gegen die Lohnansprüche der Arbeiter und Dienstboten ist zwar nicht die Aufrechnung, wohl aber die Einrede des Zurückbehaltungsrechts auf Grund von Forderungen des Arbeitgebers bezw. der Dienstherrschaft zulässig.

III.

Der militärische Befehl bildet einen Schuldausschliessungsgrund, keinen Strafausschliessungsgrund.